MASTER
NEGATIVE
NO. 92-81150-3

MICROFILMED 1993

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES/NEW YORK

as part of the
"Foundations of Western Civilization Preservation Project"

Funded by the
NATIONAL ENDOWMENT FOR THE HUMANITIES

Reproductions may not be made without permission from
Columbia University Library

COPYRIGHT STATEMENT

The copyright law of the United States - Title 17, United States Code - concerns the making of photocopies or other reproductions of copyrighted material.

Under certain conditions specified in the law, libraries and archives are authorized to furnish a photocopy or other reproduction. One of these specified conditions is that the photocopy or other reproduction is not to be "used for any purpose other than private study, scholarship, or research." If a user makes a request for, or later uses, a photocopy or reproduction for purposes in excess of "fair use," that user may be liable for copyright infringement.

This institution reserves the right to refuse to accept a copy order if, in its judgement, fulfillment of the order would involve violation of the copyright law.

AUTHOR:

WALLASCHEK, RICHARD

TITLE:

RECHT UND MORAL...

PLACE:

FREIBURG

DATE:

1888

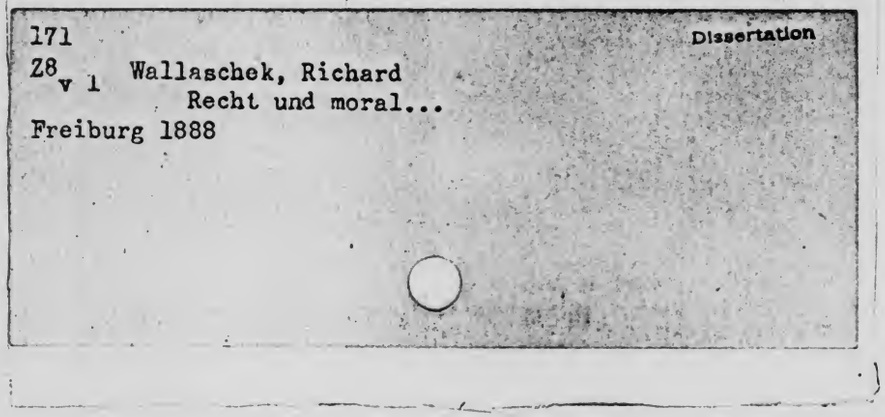
Master Negative #

92-81150-3

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DEPARTMENT

BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

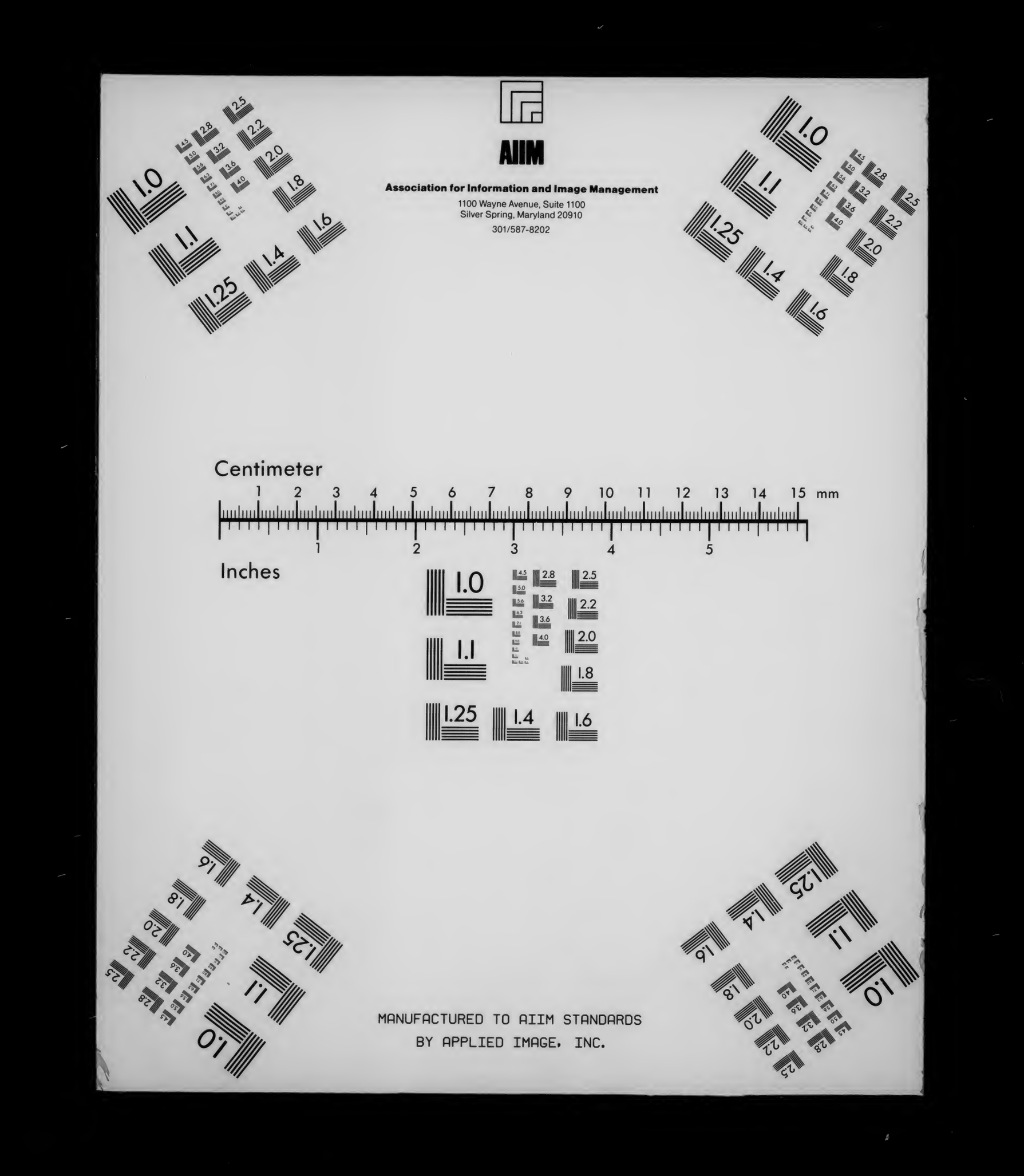
Original Material as Filmed - Existing Bibliographic Record



Restrictions on Use:

TECHNICAL MICROFORM DATA

FILM SIZE: 35mm REDUCTION RATIO: 11X
IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB
DATE FILMED: 3-4-93 INITIALS JAMES
FILMED BY: RESEARCH PUBLICATIONS, INC WOODBRIDGE, CT


AIIM
Association for Information and Image Management
1100 Wayne Avenue, Suite 1100
Silver Spring, Maryland 20910
301/587-8202
Centimeter
Inches
MANUFACTURED TO AIIM STANDARDS
BY APPLIED IMAGE, INC.

170.3
171
28

RECHT UND MORAL.

SEPARATABDRUCK AUS DES VERF.:

„STUDIEN ZUR RECHTSPHILOSOPHIE".

HABILITATIONS-SCHRIFT

EINGEREICHT BEI DER

PHILOSOPHISCHEN FACULTÄT

DER

UNIVERSITÄT FREIBURG i. BR.

VON

RICHARD WALLASCHEK

JUR. ET PHIL. DR.

FREIBURG i. B.
FR. WAGNER'SCHE BUCHDRUCKEREI.
1888.

RECHT UND MORAL.

SEPARATABDRUCK AUS DES VERF.:

„STUDIEN ZUR RECHTSPHILOSOPHIE".

HABILITATIONS-SCHRIFT

EINGEREICHT BEI DER

PHILOSOPHISCHEN FACULTÄT

DER

UNIVERSITÄT FREIBURG i. BR.

VON

RICHARD WALLASCHEK

JUR. ET PHIL. DR.

FREIBURG i. B.

FR. WAGNER'SCHE BUCHDRUCKEREI.

1888.

Recht und Moral.

Das Verhältniss von Recht und Moral ist so ziemlich in allen Combinationen aufgefasst worden, die sich zwischen diesen beiden Begriffen überhaupt durchführen lassen. Bald war Moral ein Theil des Rechts, bald Recht ein Theil der Moral, bald beide identisch, indem man Moral als den über dem bestehenden Rechte schwebenden, noch nicht verwirklichten Rechtsbegriff auffasste, bald beide in gar keine Beziehung brachte, indem man in völliger Verkennung der sittlichen Gebote das irdische Recht der himmlischen Ethik geradezu entgegen setzte.

Will man das Verhältniss beider bestimmen, so wird es nöthig sein, zunächst der doppelten Bedeutung zu gedenken, die sich mit dem Worte Moral verbinden lässt. Man kann sich darunter denken sowohl das Princip unseres Handelns, als auch die bestimmten im Laufe der Zeit entstandenen Handlungen selbst, deren Form festgehalten wird: den Gebrauch, die Sitte. Mit Moral im Sinne bestehender Sitte hat das Recht allerdings, wenn überhaupt, so nur einen entfernten Zusammenhang. Moral im Sinne des Handlungsprincips aber muss auch die Grundlage des Rechtes sein, denn es würde dem Begriff des Princips widerstreiten, dass wir das Regulativ unseres Handelns, als welches doch Moral und Recht allgemein anerkannt werden, nach zwei Principien feststellen. In diesem Sinne kann das Princip von Moral und Recht in keinem andern Verhältniss stehen, als in dem der Identität oder wenigstens dem des Theils zum Ganzen. Identificieren wir nun Moral mit Moralprincip, während wir zugleich erkennen, dass das Rechtsprincip noch kein fertiges Recht ist, sondern nur das, was als Recht verwirklicht werden soll, so können wir schon jetzt den Schluss anticipieren, dass das Recht die Verwirklichung eines Theiles der Moral sein soll.

Will man bei dieser Auffassung ein Streiflicht werfen auf ähnliche, wenn auch nicht gleiche Lösungen obiger Frage, so muss man auf folgendes zurückkommen:

Die Ethik hat den Grundsatz aufgestellt, dass die moralische Beurtheilung stets auf das Innere der Gesinnung gehen muss, trotzdem die Moral erst der Gesellschaft entnommen wird, also ein dem Individuum gegenüber äusserer Grund für dieselbe vorliegt. In der Moral handelt es sich um das, was (nicht bloss wie) gewollt, im Recht um das, was gethan wird. Wir geben Ihering vollkommen Recht, wenn er behauptet: „Nur der Umstand, dass man die regelmässige und normale Gestaltung der menschlichen Lagen und Zwecke vor Augen hat und darnach sein Urtheil über gut und böse zuschneidet, konnte die Täuschung bewirken, als ob der Gegensatz von gut und böse in den Dingen stecke. Den menschlichen Zweck hinweggedacht und die Dinge sind weder gut noch böse, so wenig wie es Roth, Blau, Schwarz, Weiss giebt ohne das menschliche Auge, und Süss, Sauer, Bitter ohne die menschliche Zunge — der Gegensatz von gut und böse entspringt lediglich dem menschlichen Zweck“ [1]); der Schluss aber, den der gesellschaftliche Utilitarismus aus dieser richtigen Prämisse zieht, scheint mir regelmässig verfehlt. Man braucht nämlich nicht zu sagen: das was den menschlichen Zweck wirklich erreicht, sei das Gute; ein Gut ist es, aber nicht das Gute. Das Gute ist das in den einzelnen Gütern enthaltene gemeinschaftliche Moment einer bestimmten Beziehung zu uns. Wir sind gut, wenn in uns ein Moment mit dem in den Gütern enthaltenen gemeinschaftlichen Moment übereinstimmt. Ausschliesslich in uns liegt aber nur der Wille, nicht die That, denn die That erfordert schon einen Gebrauch der Aussenwelt, ihre Beschaffenheit, ihr Effect hängt also nicht bloss von Factoren ab, die in uns liegen. Deshalb sind wir nur dann gut, wenn unser Wille gut ist. Die moralische Beurtheilung muss daher auf unsern Willen, nicht auf unsere That gerichtet sein, also auf ein inneres, nicht auf ein äusseres Verhalten. Aber ein Verhalten muss es sein, eine Beziehung zur Aussenwelt und nicht, wie die speculative Ethik immer behauptete, eine bloss innere Beschaffenheit ohne Rücksicht auf die Aussenwelt. In der Verinnerlichung ging die speculative Ethik zu weit, in der Veräusserlichung der gesellschaftliche Utilitarismus. Wir geben daher Ihering nicht mehr recht, wenn er sagt: „Ganz in derselben Weise nennt die Gesellschaft von ihrem Standpunkt aus in Bezug auf das menschliche Handeln gut im sittlichen Sinne dasjenige, was ihr Dasein fördert oder ihr Wohlsein erhöht, schlecht, böse dasjenige, was demselben Abbruch thut. In beiden Richtungen konnte nur die Erfahrung den Menschen belehren, was gut und böse sei — es ist der Baum der Erkenntnis des alten Testaments, von dessen Früchten der Mensch erst essen musste, um

[1]) Ihering, Zweck im Recht. II. S. 216.

des Unterschiedes zwischen gut und böse inne zu werden.“ [1]) Wäre das so, so wäre der Wille stets ausser Beurtheilung gesetzt und immer erst die That ihr unterworfen. Was uns die Erfahrung geben kann, ist nur der Unterschied zwischen dem Gut und dem Uebel, nicht der zwischen dem Guten und dem Bösen. In der obigen Behauptung ist überdies, so sehr sich auch Ihering dagegen sträuben wird, enthalten, dass das Gute Sache der Erkenntnis ist, woraus auch folgen würde, dass das Gute und Wahre identisch seien. Sehr richtig heisst es bei Ihering an früherer Stelle: „Wahrheit ist das Ziel der Erkenntnis, aber nicht des Handelns“.... „Richtigkeit bezeichnet die Uebereinstimmung des Willens mit dem, was sein soll, Wahrheit die der Vorstellung mit dem, was ist.“ [2]) Ob nun eine Handlung das menschliche Wohl thatsächlich fördert, ist doch eine Frage nach dem was ist, und erst die Frage, ob ihr bloss die Absicht dieser Förderung unterlag, ohne Kenntnis des Effekts, erst diese geht auf das, was sein sollte, gleichgültig, ob es nun wirklich dem entsprechend war oder nicht war. Somit ist Iherings Moralprincip gerade das, was er dabei vermieden haben wollte: Sache der Erkenntnis. Der Fehler liegt schon viel früher in der Behauptung, dass der Inhalt des Rechts „lediglich durch den Zweck bestimmt wird“. Völlig bestimmt wird er eben durch den blossen Zweck noch lange nicht, durch ihn bekommt der Rechtsinhalt nichts als seine Richtung, das Ziel; auf welchem Wege das zu erreichen ist, das hängt von unserer Einsicht ab, der Erkenntnis, die uns sagt, ob das gewählte Mittel zum Ziele führt oder nicht. Also erst die Zusammenwirkung unserer Erkenntnis und des Zwecks bestimmt den Inhalt. Ereignisse des täglichen Lebens werden diesen Ausspruch bestätigen. Niemand wird behaupten wollen, dass zwei, deren Handeln denselben Zweck hat, schon deshalb den ganzen Inhalt ihrer Handlung völlig bestimmt haben, sie können ganz entgegengesetzte Mittel wählen. Das meint im Grunde Ihering selbst, wenn er von der Relativität des Rechtsinhalts und der Nothwendigkeit seiner Aenderung spricht. Gerade sie aber wären unmöglich, wenn der Inhalt durch den Zweck völlig bestimmt würde, der Zweck aber immer derselbe bliebe. Der beliebte Vergleich mit dem Arzte wird dieses Verhältnis noch deutlicher machen. Gewiss wollen alle Aerzte dasselbe: den Kranken gesund machen; aber auf wie verschiedene Art werden sie es durchführen? und ist die Wahl des „richtigen Mittels“ nicht Sache seiner Erkenntnis, kann man läugnen, dass der Arzt diese erweitern muss, um richtige Mittel zu finden; oder wird ihm der Zweck allein etwa den Inhalt seines Handelns bestimmen? Die Folge davon, auf die Moral angewandt,

[1]) Ebenda.
[2]) Ebenda I. S. 437, 438.

ist klar: gerade weil die Moral nicht Sache der Erkenntnis ist, wie Ihering sagt, ist das Gute nicht das, was das Dasein wirklich fördert, sondern bloss das, was die Förderung beabsichtigt, also das Innere der Gesinnung (Moral), das Mittel, welches diese Förderung erreicht, ist das Gut, es zu finden, Sache der Erkenntnis. Das alles ergiebt sich auch aus der naheliegenden Erwägung, dass immer ein gewisser Grad der Einsicht dazu gehört, um dem Rechte gemäss zu leben, der moralischen Beurtheilung Genüge zu leisten, kann dem bescheidensten Verstande gelingen. So scheitern denn auch bei Ihering alle Versuche, das Verhältniss des rechtlichen Mittels zum moralischen Zweck aus der Sphäre unserer Erkenntnis zu scheiden, an dem Widerspruch mit Bemerkungen, die der besseren Einsicht unversehens entschlüpfen. Vor allem an dem Ausspruch, dass nur die Erfahrung den Menschen über den Unterschied von gut und böse belehren konnte. Erfahrung lehrt uns doch nur das, was ist, sie bereichert doch nur unsere theoretische Erkenntnis, und eben deshalb kann sie uns nur über die Unterschiede von dem Gut und dem Uebel belehren, aber über die Willensmomente des Guten und Bösen vermag sie uns nichts zu sagen. Ganz richtig bezeichnet Ihering diesen Unterschied als den „Baum der Erkenntnis“, ohne jedoch zu bedenken, dass er diese Erkenntnis früher mit Recht aus der Moral ausgeschieden wissen wollte. Desgleichen kann Ihering, ebenfalls mit Recht, nicht umhin zu erklären, dass es sich in allen Fällen der Wahl des rechten Mittels allerdings um die Wahrheit handelt, aber unter dem Gesichtspunkt eines praktischen Zwecks; der Massstab des Rechts ist nicht der absolute der Wahrheit, sondern der relative des Zwecks“. Gewiss, aber die Wahrheit bleibt deshalb nicht minder Wahrheit. Die Wahrheit der mathematischen Formel bleibt stets dieselbe, so oft sich auch die Grösse der einzelnen Buchstaben ändern mag.

Aehnlich verhält es sich mit dem physischen Sinn, der bei Ihering zum Vergleich herangezogen wird. Auch hier ist das, was „unserer Empfindung wohl thut“, für diese ein Gut, aber weder objectiv noch subjectiv das Gute.

Vielleicht liegt gerade in diesem Formulierungs-Fehler der Hauptgrund, weshalb die speculative Philosophie (die einen ganz richtigen Unterschied wieder ihrerseits übertrieb) sich nie mit ihm einverstanden erklären konnte und den ebenso richtigen Einwand erhob, dass der Utilitarismus die Moral in eine Güterlehre verwandle. Wir behalten daher die alte Scheidung von Recht und Moral bei, welche dahin geht, dass ersteres ein äusseres, letztere ein inneres Verhalten regle; das Recht kann höchstens das verwirklichen, was die Moral beabsichtigt.

Auch diese Scheidung hat bereits zu Uebertreibungen Anlass gegeben. Fasst man das äussere Verhalten, welches das Recht regeln und beurtheilen soll, in der Weise auf, dass das

Recht keinen andern als den individuellen Zweck habe, dem bellum omnium contra omnes durch Behauptung des Stärksten ein Ende zu machen oder ihn wenigstens in bestimmte Bahnen zu lenken — dann hat das Recht allerdings keinen innern Halt und hängt gerade so in der Luft, wie die kühnsten aprioristischen Systeme, die das Recht vom Himmel herunterholen, statt es aus der Erde emporwachsen zu lassen. Auf diesem Standpunkt steht Hobbes. Das Recht wird dann nichts anderes als eine Verfügung der Macht, der sich alles beugt, weil es an physischer Gewalt gebricht, ihr zu widerstehen. Ein solches Recht aber würde gerade das erst recht fördern, was es eigentlich verhüten soll, denn die Geltendmachung der Macht wird dadurch nur erhöht, dass man sie zum Recht erhebt. Diese Theorie setzt das äussere Verhalten zur blossen Aeusserlichkeit herab. Es ist ganz unmöglich, bei dieser Anschauung zu bleiben, wir müssen eine Beziehung zur Moral suchen, wenn dem Recht auch nur das blosse Bestehen gesichert werden soll. Aber man darf in diesem Bestreben nicht so weit gehen, dass man sagt, das Recht verlange und richte geradezu ein inneres Verhalten. Dieses wird in den seltensten Fällen überhaupt gerichtet werden können. Man wird im Gegentheil sagen müssen, das Recht richte ein bloss äusseres Verhalten, aber nur deshalb und mit Rücksicht darauf, dass dieses die Form einer inneren Gesinnung ist, die man aus dem Aeussern vielleicht erschliessen, aber nie mit Sicherheit bestimmen kann.

Noch überflüssiger ist es zu sagen: die Ethik verlange das äussere Verhalten, und das Recht müsse Innerlichkeit werden. So behauptet Jellinek: „Die Socialethik fordert daher zuerst eine Handlung von gewisser Qualität, sie bestimmt zuerst den Inhalt, welche diese haben soll, und schreitet von hier erst zu der höheren Forderung eines inneren Verhältnisses des Menschen fort.“ [1]) Wir geben zu, dass die Gesellschaft mit einer derartigen Forderung beginnt,[2]) sie kann gar nicht anders beginnen, wenn sie überhaupt fordert. Aber dieses Beginnen ist ein rechtliches, kein moralisches. Denn wenn die Gesellschaft eine Handlung fordert, also äusserlich festsetzt, wenn diese Forderung von einer Gesellschaft ausgeht, also durch Mitwirkung Aller sich die Anerkennung verschafft hat, dann haben wir ja alle Momente beisammen, die zum Begriff des Rechtes gehören. Mit einem Wort: die Gesellschaft fängt immer mit dem Recht an und kommt dann erst zur Moral, obgleich der Einzelne mit der Moral anfangen und mit dem Recht enden muss. So modificiert sich auch die historische Analyse, nach welcher angeblich das Recht zuerst innerlich sein soll und sich dann erst äussert. Allerdings ist das,

[1]) Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe S. 27.
[2]) Mit Nachdruck hervorgehoben von Paul Rée: Entstehung des Gewissens.

was den Inhalt des Rechts bildet, zuerst innerlich, aber eben deshalb Moral, und das ihr entsprechende Handeln, das noch nicht äusserlich festgesetzt ist: Sitte. Wenn aber die Gesellschaft mit dieser Forderung herantritt, dann ist diese Forderung Recht, die Gesellschaft wird zur Gemeinschaft, und erst auf einer höheren Entwicklungsstufe nimmt die Gemeinschaft als solche Rücksicht auf die Moral. Daher fangen diejenigen Völkerschaften mit der Sitte, nicht mit einem innerlichen Recht an, die kein entwickeltes Staatsleben haben, z. B. die Germanen. Die Römer hingegen fangen sofort mit dem Staate an, es giebt gar kein römisches Volk in einem andern Sinne als in dem von Staatsbürger und deshalb fangen sie auch gleich mit dem Recht an, nicht mit der Sitte.

Allerdings muss in der Gesellschaft, die das Recht festsetzt, das Recht zur Ueberzeugung geworden sein, das liegt schon in dem Merkmal der Mitwirkung beim Zustandekommen desselben, das wir als zum Begriff des Rechtes gehörig noch erkennen werden, aber deshalb braucht die rechtliche Beurtheilung nicht zu fragen, inwieweit bei einer Handlung eine ihrem Effect conforme Ueberzeugung vorliegt. Ehe etwas zum Recht wird, muss es zur Ueberzeugung geworden sein; ist dies aber einmal der Fall, dann fällt jede äussere Handlung schon vermöge ihrer äussern Form unter den Rechtsbegriff, gleichgültig ob eine Ueberzeugung da ist oder nicht. In diesem Sinne geht das Recht auf das äussere, die Moral auf das innere Verhalten.

Wir können uns deshalb auch nicht einverstanden erklären mit dem Satze: dass das Recht das „ethische Minimum“ sei; die Verwirklichung des ethischen Minimums kann das Recht allerdings sein, aber nicht das Minimum selbst. Wenn sich Recht zur Moral verhalten sollte wie der Theil zum Ganzen, so darf man nicht übersehen, dass dann zwischen Recht und Moral nur ein quantitativer Unterschied herrschen dürfte. Recht entsteht doch erst dadurch, dass allerdings ein Theil der Moral Merkmale erhält, welche die übrigen Theile nicht haben, dadurch aber wird dieser Theil noch etwas ganz anderes als die übrigen Theile, und erst dadurch, dass er es wird, wird er Recht. Moral und Recht dürfen weder identificiert, noch unvermittelt neben einander gestellt werden.

Durch die Identificierung soll der Zwiespalt vermieden werden, der dadurch entsteht, dass man eine moralische Absicht zu verwirklichen glaubt, während man thatsächlich etwas anderes verwirklicht. Gewöhnlich wird dieser Widerstreit gleich ursprünglich falsch formuliert, indem man sagt, es sei möglich moralisch aber nicht rechtlich oder umgekehrt zu handeln. Ein solcher Widerstreit ist nicht möglich, denn die Qualität der That ist für die moralische Beurtheilung (wenn auch nicht für den Handelnden selbst) irrelevant, die eigentliche Absicht für die rechtliche Beurtheilung, soweit sie sich nicht in eigenen Handlungen unzweideutig äussert. Dann sind aber die so gearteten Handlungen, nicht die Absicht das juristisch Relevante. Man kann also sehr wol moralisch wollen und widerrechtlich handeln, unmoralisch wollen und rechtlich handeln. Durch diese Fassung lösen sich von selbst einige scheinbare Widersprüche zwischen Recht und Moral. Aber noch eine Unterscheidung muss gemacht werden, wenn man diesem Widerspruch begegnen will. Schon der Satz, dass jemand das Böse will und das Gute schafft, ist nach richtigen Erwägungen unmöglich. Ein Gut kann man auch mit bösem Willen schaffen, aber das Gute nicht. Das Gute ist — wie oben gesagt — objektiv das allen einzelnen Dingen gemeinschaftliche Moment einer bestimmten Beziehung zu uns, das können wir nicht schaffen, wir können höchstens ein derartig beschaffenes Ding schaffen, das ist ein Gut; subjektiv ist das Gute der mit jenem Moment übereinstimmende Wille, und dieser kann nicht gut sein, wenn er böse ist; dem Dichter können wir die Fassung des obigen Satzes durchgehen lassen, die Wissenschaft muss genauer formulieren. Mit dieser Erwägung ist manches gewonnen, es schwinden nämlich dadurch die Bedenken, welche gegen die Verlegung der Moral in den Willen allein, durch den Hinweis auf bekannte Beispiele geltend gemacht werden. Man braucht bei dieser Verlegung nicht gleich an einen inhaltslosen Willen, eine blosse Form zu denken, der gleichgültig ist, „was dabei herauskommt“. Der Wille, zu handeln, der zur Moralität nötig ist, ist ohne Handlung nicht zu denken, wol aber ohne erreichten, wenn auch beabsichtigten Effekt der Handlung. Allerdings ist „selbst in jenen Kräften, welche zwar das Böse wollen, aber das Gute (?) schaffen, das zu schätzen, was zur Erhaltung und Entwicklung des Ganzen seinen Beitrag leistet“; allerdings ist das Gut zu schätzen, wer würde das Gegentheil behaupten wollen? aber das Gut ist nicht das Gute. Wir geben selbst Ahrens recht, wenn er behauptet, der gute Wille kann nie genügen, es muss erst eine gewisse Erkenntnis hinzukommen; aber eben Erkenntnis ist es, die hinzukommen muss, nicht selbst das Gute. Zum Guten muss das Gut hinzukommen, um dem ersteren materiellen Wert zu verleihen. Diese Wertverleihung ist an jedem Gut zu schätzen, das ist Aufgabe des Rechts.

Es wird hiebei vielleicht die Frage aufgeworfen werden können, was es mit der Definition des Guten und seiner Unterscheidung vom Gut für eine Bewandtnis habe.

Dass es einen Begriff des Guten überhaupt gebe, scheint mir nach jeder Theorie des Begriffs zweifellos. Es giebt Güter, folglich muss sich das, was sie zu Gütern macht, in einen Begriff fassen lassen.

Eine andere Frage wäre, ob die Aufstellung eines Begriffs des Guten einen Wert habe? Ich glaube nicht, dass der Posi-

tivismus, der solche Begriffsaufstellungen verwirft und sich mit den Thatsachen begnügt, in Ethik und Aesthetik dieselbe Berechtigung habe, die er ohne Zweifel hat in jenen Wissenszweigen, die einst unter dem Namen der Metaphysik begriffen wurden. Ein Begriff der Welt hat deshalb keinen Sinn, weil es eine unmittelbare Empfindung derselben giebt, auf Grund deren sich uns ihr Dasein kundgiebt. Aber in Ethik und Aesthetik handelt es sich darum, das festzustellen, was noch nicht da ist, durch die Kritik des Bestehenden eine Richtschnur zu gewinnen für das, was ich erst schaffen soll. Will ich ein schönes Kunstwerk schaffen, ein Gut, dann muss ich wissen, worin das besteht, was mein Werk gut oder schön macht, d. h. ich muss das Gute und das Schöne kennen; ich müsste mich denn begnügen, alles in denselben Einzelheiten nachzuahmen, wie sie bisher gewesen, was keine Ethik und keine Aesthetik zugeben wird. Wol aber ist Erfassung der Einzelheiten, wie sie sind, Aufgabe der theoretischen Wissenschaft, deshalb kann sie von solchen Begriffsaufstellungen abgehen.

Damit scheint mir Feststellung des Guten (zum Unterschied von Gut) berechtigt und wertvoll.

Erwähnen möchte ich für jene Fälle, wo der Unterschied zwischen dem Gut und dem Guten gemacht werden muss, ein Beispiel J. St. Mill's: „Wer einen Mitmenschen vom Ertrinken rettet, thut, was moralisch recht ist, ob nun sein Beweggrund die Pflicht ist oder die Hoffnung, dass er für seine Mühe bezahlt werde; wer einen Freund betrügt, der ihm vertraut, macht sich eines Verbrechens schuldig, selbst wenn seine Absicht wäre, damit einem andern Freunde einen Dienst zu leisten, gegen den er grössere Verpflichtungen hat.“ Im ersten Beispiel ist eben die blosse That noch lange nicht moralisch, sondern nur die Absicht, obgleich das Recht, wenn es an diesen Fall eine Folge knüpfen würde, bloss von der That ausgehen würde, nicht von der Absicht. Der zweite viel verwickeltere Fall scheint nur dadurch schwieriger, dass hier zwei Fälle in einen zusammengeschoben werden; wer einen Freund betrügt, hat eine unmoralische Absicht, derselbe hat eine moralische Absicht, wenn er einem andern Freunde Dienste leistet; aber nur dann ist diese letztere Absicht moralisch, wenn sie darauf ausgeht, das allgemeine Wol zu fördern, diesen Freund also nur unterstützt, insofern in dieser Unterstützung die Förderung des allgemeinen Woles enthalten ist (s. 1. Theil); diese aber ist dort nicht enthalten, wo dem Freunde nur das gegeben wird, was einem Andern genommen ist. Der Thäter hat also in diesem combinierten Fall eine durchaus unmoralische Absicht, und einen Grund gegen die moralische Beurtheilung der blossen Absicht kann ich nicht finden. — Noch weniger kann ich den Widerspruch zwischen Recht und Moral finden, der durch die Identificierung beider gehoben werden soll.

„Der hartherzige Gläubiger, der dem armen Schuldner sein letztes Hab und Gut nimmt ..... handelt zwar sittlich, indem er die Schuld eintreibt, aber er handelte sittlicher, wenn er sie dem Schuldner erliesse.“ [1]) Ich kann unmöglich annehmen, dass Hartherzigkeit sittlich sei. Nach dem blossen Factum des Schulden-Eintreibens würde ich mir überhaupt keine moralische Beurtheilung des Schuldners erlauben. Ist er aber, wie in diesem Falle, hartherzig, dann ist er in jedem Falle unmoralisch. Wir würden hier sagen, der Gläubiger hat einen unmoralischen Willen, kommt aber zu einer rechtlich erlaubten That. Und der Satz: summum jus summa injuria erklärt sich dadurch, dass in eine That, die als der Ausfluss einer moralischen Absicht angesehen und deshalb vom Rechte als erlaubt fixiert wurde, sich auch eine unmoralische Absicht einschleichen kann, wenn die erstere nicht so eng begrenzt wurde, dass keine andere Absicht mehr darinnen Platz fände.

Somit erblicke ich gerade in der Moral den constanten, in ihrer Verwirklichung den wechselnden Factor und dafür spricht mir gerade das Beispiel, welches Jellinek für das Gegentheil anführt. „Das Gewissen des Anhängers einer rohen Religion wird durch Unterlassung einer von ihr gebotenen Ceremonie, deren Ausübung den civilisierten Menschen mit Entsetzen erfüllen würde, ebenso zu seiner reagierenden Thätigkeit angeregt, wie das unserige, wenn wir ein uns sittlich erscheinendes Gebot nicht vollziehen.“ Die Gleichheit der Gewissensreaction beim rohen und Culturmenschen beweist hier, dass beide dieselbe moralische Absicht, die Förderung des allgemeinen Woles hatten, die der eine durch diese, der andere durch jene That verwirklichen wollte. Also gerade die Verwirklichung ist das schwankende, wechselnde, die Absicht das constante Element.[2]) Und dies beweist auch die Geschichte. Gerade das neueste, utilitaristische Moralsystem hat darauf aufmerksam gemacht, dass Förderung des allgemeinen Woles der erste Gedanke des Menschengeschlechtes war, von dem noch kein Moralsystem völlig abging, wenn es ihn auch nicht an die Spitze gestellt hat. Die einzelnen Verwirklichungen der Moral, insbesondere das Recht haben sich seit jeher in einem fort geändert und sie müssen sich auch ändern, weil das allgemeine Wol nicht unter allen Umständen durch dieselbe That gefördert wird.

---

[1]) Jellinek a. a. O. S. 54.

[2]) Dahin kommt auch Ihering, trotzdem er mit Jellinek einen gemeinsamen Ausgangspunkt hat.

Das Wesen des Rechts; die Merkmale des Rechtsbegriffs.

Moral entsteht mit der Gesellschaft; will sich diese erhalten und ihr Wohl fördern, so muss sie die Absicht haben, gewisse Handlungen hervorzubringen und muss für deren Durchführung besorgt sein. Hegte sie diese Absicht nicht oder gelänge es ihr nicht, sie entsprechend durchzuführen, so gienge sie zu Grunde und der Naturprozess würde von Neuem beginnen und bis zur Entstehung der Gesellschaft fortschreiten, so lange, bis die moralische Absicht gehegt und die Notwendigkeit der Einhaltung gewisser festgesetzter Handlungen eingesehen würde. Moral also führt uns zum Handeln, zur That, und ohne vorläufig darauf Wert zu legen, in welchem Verhältnis diese That, die verwirklichte Absicht, zum Willen, der gehegten Absicht, steht, ob sie deren Zwecke erreicht oder verfehlt, zieht Moral zunächst die Handlung nach sich. Ihr Effekt wird uns dann freilich belehren über die Wahl der Mittel bei Verwirklichungsversuchen künftiger Absichten, doch das hat mit der Qualification des Willens noch nichts zu thun. Nur das sei jetzt schon hervorgehoben: Moral bringt uns zur Thätigkeit, zur Arbeit für die ganze Gattung, also auch für uns, aber nur insofern wir Glieder dieser Gattung sind. Was aber ist Thätigkeit? ein Prozess, den ich nirgends fassen kann, nirgends als abgeschlossene Einheit vor mir habe, ein Werden, das seinen Begriff in stetem Flusse erhält. Und an diesen Werdeprozess knüpft das Recht an, es knüpft an die Thätigkeit, die es schützt, wenn sie gestört wird, erzwingt, wenn sie ausbleibt, hindert, wenn sie einen Effekt zur Folge hätte, der einer moralischen Absicht nicht entsprechen würde. Das Recht geht auf die That, wie sie sein müsste, wenn sie eine moralische Absicht verwirklichen sollte. Was aber müssen wir thun, um das allgemeine Wol zu fördern? Zunächst die Basis sichern, auf welcher dasselbe aufgebaut werden kann: das blosse Dasein, das Leben. Was aber ist das Leben? Leben ist Arbeit, Thätigkeit, Ruhe ist Tod. Daraus folgt: will ich an das Leben einen Genuss knüpfen, dessen Theilhaftigkeit mir als Lustgefühl zum Bewusstsein kommen soll, so muss ich ihm einen Wert geben, und diesen Wert gebe ich durch das Recht, indem ich das Erarbeitete in eine Beziehung zu mir bringe, welche mir gestattet, es zu geniessen. Das Recht schützt und fördert somit das Dasein in seiner Bethätigung als Arbeit und erweitert die Thätigkeitssphäre des Einzelnen, indem es durch seinen Organismus das Substrat und die Frucht der Arbeit mit der Person verbindet;

es ertheilt den faktischen Wert dem verwirklichten Gute, wo die Moral den ideellen dem beabsichtigten Guten ertheilen würde; es hat die Aufgabe, dem ideell Guten das reelle Gut hinzuzufügen.

Die wichtige Frage bleibt nun immer die: soll das Recht wirklich das ganze Arbeitsfeld mit der arbeitenden Person in einen ideellen Zusammenhang bringen, zu einer Einheit im Rechtsorganismus machen und gerade durch diese der Arbeit ihren Wert verleihen, oder soll es nur der Arbeit als solcher diesen Wert geben ohne Berücksichtigung des Arbeitsfeldes? (Individualismus oder Socialismus?) Soll sich das Recht an den Werdeprozess dauernd knüpfen oder nur temporär, soll sich die Arbeit durch sich selbst belohnen oder durch das Erarbeitete, soll das Recht die Bethätigungssphäre des Einzelnen in der Erweiterung erhalten, in welche sie durch die Bethätigung gebracht wurde, oder soll es sie eben nur als solche, so lange die Erweiterungsthätigkeit dauert, in Betracht ziehen? Oder: Wird der Effekt der Arbeit so innig mit dem Subjekt verbunden, dass der ganze Werdeprozess, losgelöst von dem ihn erzeugenden Individuum, gar nicht gedacht wird, also auch nicht rechtlich in Betracht kommt, oder besteht gerade in der Möglichkeit dieser Loslösung das ganze Wesen des Rechts? mit einem Worte: woran liegt dem Recht in erster Linie, an dem Werdeprozess oder an dem Individuum? Diese Alternativen sind bekanntlich als sociale Frage brennend geworden, die Vortheile und Nachtheile sollen später bei den einzelnen Rechten untersucht werden. Nur so viel wollen wir schon jetzt bemerken: kein Prinzip kann die Gesellschaft ewig erhalten. Wie beim Individuum handelt es sich auch hier nur um die Frage: wie kann man am längsten leben? Kein Zweifel, dass der Individualismus die Aufgabe des Rechts, dem Guten das Gut hinzuzufügen, in viel vollständigerer, durchgreifenderer Weise löst, ja man kann vielleicht fürchten, dass er sie zu durchgreifend löst, dass er der einen Seite zu viel giebt und dadurch die andere zu viel ausschliesst. Er fördert die grossartige Entfaltung des Werdeprozesses viel mehr als der Socialismus, indem er ihn, sobald er vom Individuum nur in Bewegung gebracht ist, in seinem Beruf erhält. Aber wohin führt das? liegt uns nicht in einem bestimmten Momente daran, dieser Entwicklung an gewissen Punkten Einhalt zu thun?

Ist es aber erlaubt, an diese Seite des Rechts mit dem Massstabe der Moral heranzutreten? Wir glauben diese Frage erst beantworten zu können, wenn der Begriff des Rechts durch seine Merkmale bestimmt ist.

a) Die objektive Festsetzung.

Ist Moral nichts anderes, als das beabsichtigte Verfolgen und Weiterbilden der Naturentwicklung, so folgt schon daraus,

dass das Recht gar kein anderes Ziel soll haben können und auf die Dauer wirklich nicht haben kann als die Moral, weil es bei Verfolgung jedes andern Zieles an dem von uns in Gesetzen begriffenen Gange der Natur scheitern müsste. Dem Rechte aber handelt es sich um dasjenige wirkliche Geschehen, durch welches dieses Ziel erreicht wird. Es fragt sich also: welche Mittel sind zur Verwirklichung moralischer Absichten zu wählen, welche Art des gesellschaftlichen Verhaltens entspricht ihnen? Ferner: welche äussere Formen pflegen moralische Absichten anzunehmen, oder welche müssen sie annehmen, wenn sie ihre Absicht erreichen wollen? Aus der Betrachtung dieser Fragen kann sich der erste Zwiespalt zwischen Moral und Recht ergeben, indem ein Mittel gewählt wird, das zur Verwirklichung moralischer Absichten dient, ohne dass diese letztere wirklich vorhanden waren, somit zwar rechtlich aber nicht moralisch vorgegangen wurde, anderseits eine Form gewählt wird, aus der sich die Absicht nicht ohne weiteres erkennen lässt, so dass zwar moralisch, aber nicht rechtlich vorgegangen wird. Aber ist es denn wirklich nötig, dass die Rechtssetzung eine so feststehende Aeusserung vornimmt, in deren vielleicht verfehlte Form jedweder Inhalt hineingebracht werden kann? Gehört das Moment der objektiven Festsetzung zum Begriff des Rechts?

Denken wir uns eine Gesellschaft, deren einzelne Glieder nach den Gesetzen der Vernunft so handeln würden, dass die einzelnen Handlungssphären nie miteinander in Collision kämen, dass Jeder zu Gunsten des Andern gleich viel von der vollständigen Geltendmachung seiner Macht aufgäbe; kann in einer solchen Gesellschaft von Recht die Rede sein? Gewiss nicht, eine solche Gesellschaft wäre vielleicht gerecht, aber nicht rechtlich. Kann man denn auch rechtlich handeln, ohne gerecht zu handeln? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir vorerst entscheiden, was gerecht handeln heisst. Gerecht handeln heisst bloss, einem Massstab gemäss handeln, ohne dass damit schon gesagt wäre, welches dieser Massstab sei. Er kann entweder in den Gesetzen der Vernunft liegen, der Wahrheit, die wir zu erreichen streben, oder in den Gesetzen der Religion, der Sitte, selbst in den Gesetzen der ganz willkürlichen Vereinbarung. Der Richter, der den Gesetzen seines Landes gemäss urtheilt, urtheilt eben so gerecht, wie der Richter, der den Gesetzen seines andern Landes gemäss die ganz entgegengesetzte Entscheidung fällt. Freilich sollen wir bemüht sein, und wir sind es auch, einen einheitlichen Massstab zu finden, aber ehe wir ihn finden, können wir ihn verfehlen und unzähligemale ändern. Bevor wir ihn gefunden haben, heisst gerecht sein immer nur der angegebenen Richtung, dem angenommenen Prinzip gemäss sein; und man kann wol sagen, absolut sicher sind wir nie, die Ansicht über diesen Massstab schwankt, sie ist nirgends fest und sicher

erkennbar. Wäre das der Fall, so wäre ja unsere ganze Ethik längst eine Wissenschaft von derselben Sicherheit wie die Mathematik. Dass sie das nicht ist, zeigt ein Blick auf die verschiedenen ethischen Systeme. Man braucht nur an specielle, täglich vorkommende Fälle zu denken, um einzusehen, dass die Uebereinstimmung aus eigener Initiative, die blosse Conformität der Handlung Mehrerer noch lange keine Rechtsgrenze schafft. Diese entsteht regelmässig erst dann, wenn die Menschen das, was sie längst wollen und vielleicht auch thatsächlich befolgt haben, in der Weise äussern und fixieren, dass auch jeder vorläufig noch ganz unbetheiligte Dritte weiss, welchem Verhältnis er gegenübersteht, was er zu erwarten und zu erfüllen hat, wenn er in dieses Verhältnis etwa selbst mit eintritt. Die Folge davon ist dann auch für diejenigen, die es selbst statuirt haben, die, dass sie, soweit es Andere betrifft, nie mehr davon abgehen können, dass sie selbst gebunden sind. Wer stets die Absicht hat, ein gewisses Vermögen einem gewissen Zweck zu widmen und dies auch thatsächlich durchführt, schafft damit noch kein Recht, wenn es auch nach allgemeinen Vernunftregeln noch so gerecht und geboten erscheinen würde. Rechtlich wird diese That erst, wenn sie verbindlich wird, nicht nur für den Geber selbst, sondern auch für jeden Dritten, der dann darauf dringen kann oder seiner Stellung gemäss selbst dringen muss. Das Rechtsgesetz ist eine Norm, die allgemein erkenntlich und damit auch verbindlich und unabänderlich unsern Handlungen vorgezeichnet ist.

Es ist somit nicht richtig, was Jellinek von der Rechtsnorm behauptet[1]): „Die Norm existiert nicht erst dadurch, dass sie in's allgemeine Bewusstsein erhoben, dass sie deutlich dem Willen als Richtschnur vorgezeichnet wird, so wenig der normale Zustand eines Organes erst dadurch existiert, dass ihn der Arzt als solchen erkennt. Die Norm kann verkannt werden, es ist möglich, dass sie überhaupt nicht zum Bewusstsein kommt; wenn sie aber übertreten wird, so rächt sie sich dennoch an dem Körper der Gesammtheit in unerbittlicher Weise.“ Hier geben wir nur das Letztere zu, sobald wir erkennen, dass die Norm nichts anderes ist, als der begriffene Gang der Natur. Denn dieser lässt allerdings keine ihm widerstrebende Handlung zu, gleichgültig ob wir ihn erkennen oder nicht. Gegen alles übrige aber hätten wir folgendes einzuwenden:

Norm ist das, wornach wir uns richten sollen. Nun kann man sich doch nicht nach etwas richten, ohne dass man es kennt. Es ist allerdings möglich, dass man trotzdem ihm conform gehandelt hat, aber doch aus andern Gründen. Das was zur Norm erhoben wird, kann allerdings auch existieren ohne unser Bewusstsein, aber Norm selbst wird es erst durch das Bewusstsein,

[1]) Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe S. 55.

als klares, deutliches Ziel für unsern Willen. Man darf sich hier nicht durch die Analogie mit dem Naturgesetz beirren lassen, bei dem man leicht verleitet sein könnte zu glauben, es bestünde auch ohne unser Bewusstsein. Aber hier ist Gesetz nur eine nicht ganz correkte Uebertragung dieses Wortes auf die Naturthatsächlichkeit. Die Thatsächlichkeit besteht freilich auch ausser uns, aber als Gesetz funktioniert sie nur in unserem Bewusstsein, denn erst hier wird uns deutlich, was wir als Notwendigkeit auffassen sollen. Deshalb ist der Vergleich der Rechtsnormalität mit der Naturnormalität nicht zutreffend. Der Zustand des Natur-Organes ist immer vorhanden ohne Rücksicht darauf, ob er normal ist oder anormal, das Recht aber ist selbst nur eine Norm, kann also ohne die (vielleicht selbst verfehlte) Erkenntnis der Normalität gar nicht entstehen.[1]) Einen Naturzustand, der nicht erkannt wird, kann es geben, einen Rechtszustand nicht, sonst gebe es keinen Unterschied zwischen faktischem Zustand und Rechtszustand, was kein Jurist zugeben kann.

Endlich ergiebt die obige Aeusserung einen argen Widerspruch gegen die frühere ganz richtige Einbeziehung des Zweckbegriffs in die Rechtslehre. Dort heisst es viel treffender: „Die Gesetze, welche Gesundheit und Krankheit der organischen Wesen beherrschen, sind ebenso gut Normalgesetze, wie die sittlichen. Denn für den rein theoretischen Forscher, der alles nur nach seinem Erkenntniswerte misst, giebt es sowenig Krankheit als Gesundheit, die erst durch eine teleologische Betrachtung des Organismus entstehen.“[2]) Aber in diesen Widerspruch musste Jellinek kommen, wenn er einerseits das Recht den Existenzbedingungen der Gesellschaft entnimmt, es die Befolgung der diesbezüglichen Normen nennt, anderseits sich eine Befolgung ohne Norm, d. i. ohne bewusste Deutlichmachung vor unserem Willen, ja selbst eine Norm ohne Befolgung denken kann, worunter er das social Nützliche versteht, wenn irrtümlicherweise das social Schädliche als Recht bezeichnet wird. Das erstere bleibt dann nach J. trotzdem das Recht, während das letztere bloss seine formale Seite hat.

Mit dem Moment der objektiven Festsetzung des Rechts hängt die überall zu Tage tretende Erscheinung zusammen, dass man zur Rechtssetzung gewöhnlich erst dort schreitet, wo man

---

[1]) Das erinnert an einen ähnlichen Streit auf dem Gebiete der Kunst. Hier hatte Diderot behauptet: la nature ne fait rien d'incorrect, worauf ihm Goethe erwiderte, man könne ebenso gut sagen: sie ist niemals correct. Gewiss, Correctheit und Incorrectheit kommen in die Natur erst durch unsere Auffassung — das Recht aber ist selbst eine Auffassung.

[2]) A. a. O S. 21. Noch deutlicher an einer andern Stelle (S. 72): „Die Normen sind sociale Produkte, sie sind gegeben durch die Zwecke, unter welchen wir notwendig die Gesellschaft auffassen“. Also kann es keine Norm geben ausser unserem Bewusstsein.

auf das von selbst erfolgende Eintreten gewisser Handlungen nicht mehr rechnen kann. Das zieht sich bis in die entwickeltsten Culturverhältnisse hinein. Ueberall im Staatsleben bedeutet das Aufblühen der Jurisprudenz einen Niedergang der moralischen Absichten, deren entsprechender Aeusserungen man sich durch den Rechtsorganismus versichern will. In der That sehen wir auch, dass dasjenige Volk, dessen Moralität von Anbeginn seiner Geschichte bis zum Höhepunkte seiner Entwicklung in schlechtestem Ruf stand — die Römer — den vollkommensten und entwickeltsten Rechtsorganismus gehabt hat, während die im hohen Grade moralischen Germanen ursprünglich in der Rechtsentwicklung weit zurückstehen.

b. Die geistige Mitwirkung der Gesellschaftsglieder.

Die meisten Controversen und die verschiedenste Fassung hat dieses Moment des Rechtsbegriffs erfahren. Man wusste von allem Anfang der Rechtsbildung, dass das, was ein Einzelner festsetzt, noch lange kein Recht ist, wenn auch die Möglichkeit der Durchsetzung der betreffenden Norm innewohnt. Hier half sich schon der Römer mit dem Begriff des Quasi-Contraktes. So entstanden die obligationes quasi ex contractu als Forderung des Gesetzes auf eine Handlung, die den Verpflichtungsgrund nur aus den bestehenden Gesetzen ableitet, denen sich jeder in der Gemeinschaft Lebende fügen muss. Schon dem Römer war es ein verworrenes, nie zu völliger Klarheit aufgestiegenes Problem, woher wol nach allgemeinen Vernunftgründen gerechnet, den Gesetzen diese zwingende Kraft innewohne. Sie halfen sich hier, wie in allen Fällen, wo sie nicht zu formulieren verstanden, mit dem „quasi“ und nahmen an, dass gleichsam ein Vertrag zwischen den Staatsbürgern bestehe, durch dessen Festsetzung die Gesetze entstünden und für jeden verpflichtend seien. Es ist dies der erste und dunkelste Ansatz jener Vertragstheorie, die im alten Naturrecht eine so grosse Rolle spielte und durch Rousseau ihre bekannteste Gestalt erhielt. Dass jedes Recht auf einem Vertrage beruhe, ist in der strengen Fassung des Wortes gewiss unrichtig, denn ein wirklicher Vertrag ist ebensowenig geschlossen als er für andere als die Contrahenten bindend sein könnte. Allerdings heisst es, man brauche sich nicht einen wirklichen, in aller Form abgeschlossenen Vertrag vorzustellen, man brauche nur daran zu denken, dass bei der Rechtssetzung alle jene Momente vorhanden seien, die sonst zu einem Vertrag führen. Dieser Gedanke führt nun dazu, das Moment der gegenseitigen Vereinbarung hervorzuheben, das die beiderseitige Uebereinstimmung oder, wie es auch formuliert wurde, die „allgemeine Anerkennung“ voraussetzt. Nun lässt sich aber leicht zeigen, dass

diese allgemeine Anerkennung thatsächlich nicht erfolgt, dass ein Theil der Gesellschaft das Recht nicht nur nicht anerkennt, sondern unter Umständen alles thut, um es zu ändern. Freilich darf man auch hier nicht in Uebertreibungen verfallen. Man darf nicht glauben, dass jeder, der das Gesetz überschreitet oder nicht achtet, es deshalb schon nicht anerkennt, er missachtet nur seine Consequenzen oder glaubt sich ihnen entziehen zu können. Allerdings kann es auch so weit kommen, dass jemand ein Verbrechen oder Vergehen begeht, weil er dem Gesetz die Anerkennung versagt, und man wird dann sagen können, dass ein Gesetz soweit unpraktisch wird, als man nach seiner Nicht-Anerkennung handelt. Trotzdem hört es erst durch ausdrückliche Aufhebung auf, was nicht hindert, dass diese Aufhebung in der längeren Dauer gewohnheitsrechtlicher Neubildungen ihren Ausdruck findet. Dagegen möchte ich der allgemeinen Anerkennung nicht den Vorwurf machen, den ihr Wundt[1]) macht: dass sie „in einer höchst bedenklichen Weise den Begriff der Fiction zu Hilfe nehme, indem sie z. B. bei Kindern, Wahnsinnigen, Gesetzesunkundigen eine unbewusste oder unwillkührliche Anerkennung voraussetzt.“ Nie und nirgends sind Kinder und Wahnsinnige einer Anerkennung fähig, die für die gesellschaftlichen Verhältnisse in irgend einer Weise relevant wäre, man braucht sie also auch nicht vorauszusetzen. Ebenso braucht man die Anerkennung der Gesetzesunkundigen nicht als unbewusste zu bezeichnen; man kann auch ein Gesetz anerkennen, das man nicht kennt, und dies ist sogar meistentheils der Fall. Ich bin überzeugt, dass die grosse Menge Gesetzentwürfe, die im Parlament durchgehen, anerkennt, bevor sie dieselben noch kennt.

Trotzdem scheint mir diese Theorie einen andern Fehler zu begehen, den nämlich, dass sie ein thatsächliches Verhalten, das wir den bestehenden Gesetzen gegenüber einnehmen, als notwendig zum Zustandekommen des Rechts ansieht. Mit allgemeiner Anerkennung kommt kaum je ein Recht zustande, selbst wenn diese Anerkennung dem zustande gekommenen Rechte nachher gezollt werden sollte. Es genügt dabei die Mitwirkung aller, sei es positiv oder negativ, oder wenigstens derjenigen (selbst desjenigen), die von allen zu dieser Mitwirkung ausersehen sind. Darauf wird sich reducieren, was der Vertrags- und Anerkennungstheorie in einer zu engen und bestimmten Gestalt vorschwebte.

Diese Mitwirkung hat schon das römische Recht gekannt, wenn auch nicht erkannt, als es das Gesetz definierte: lex est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante veluti consule constituebat.[2]) Das heisst allgemein: zum Gesetz,

[1]) Ethik S. 492.
[2]) Just. I. 2, 4.

also zum Recht, gehört die Festsetzung durch das Volk, beziehungsweise die von ihm ausersehenen Organe, wenn solche schon vorhanden sind.

Gegen diese Auffassung wird man vielleicht einwenden:

1. dass Recht und Gesetz ungehörig identificiert seien. Doch es giebt kein Recht ausserhalb der Gesetze und keine Gesetze ausserhalb des Rechts; ausserhalb des Rechts kann die Macht etwas durchsetzen, aber sie kann nie ein Gesetz geben. Es giebt zwar noch immer Theorien, die das Recht ausserhalb der Gesetze suchen, allein diese betrachten fälschlich einen erst in Recht umzuwandelnden Zustand als einen bereits umgewandelten.

2. Dass es auch ein Recht ausserhalb der Gesetze gebe, z. B. das Gewohnheitsrecht. Allein auch beim Gewohnheitsrecht treffen alle jene Momente ein, die wir als zum Zustandekommen eines Gesetzes für nötig erachteten. Das Gewohnheitsrecht ist ebenso bekannt und objektiv festgesetzt, wie das Gesetzesrecht, ja man kann sagen, dass man es in den Kreisen, die es brauchen, genauer kennt als das Gesetz; nur das Zustandekommen dieser Festsetzung im Gedächtnis ist ein anderes, es ist eben die Gewohnheit, nicht ein einmaliger Akt.[1]) Noch mehr trifft das Moment der Mitwirkung Aller beim Zustandekommen des Rechts durch die Gewohnheit zu, denn ihre Gewohnheit ist es eben, die das Recht zu Stande bringt.

Diese Mitwirkung Aller beim Zustandekommen des Rechts ist es, die das Recht von der blossen Gewalt wesentlich unterscheidet. Darum ist der Satz Spinoza's unrichtig: „Deus jus ad

[1]) Dadurch unterscheidet sich Gewohnheitsrecht von Gesetzesrecht: durch die Art der Entstehung, nicht durch die Form, in der es festgesetzt ist. Daher hat Wundt Unrecht zu behaupten (Ethik S. 187): „Allmälich entsteht das Bedürfnis, die bisher im Gedächtniss festgehaltenen Normen des Gewohnheitsrechtes ausdrücklich zu sanctionieren und durch die Schrift zu fixieren: so bildet sich das Gesetzesrecht, das nun alsbald eine selbständige Triebkraft entfaltet.“ Nicht die Schrift unterscheidet Gewohnheits- und Gesetzesrecht. Auch das Gewohnheitsrecht kann schriftlich fixiert sein; man denke an die Handelsusancen, die in Compendien gesammelt und herausgegeben sein können. Umgekehrt braucht das Gesetz nicht geschrieben zu sein, man kann es beschliessen und durch Ausrufer verkünden und verbreiten lassen. Fixiert sind ferner beide und jedes Recht muss fixiert sein und wenn es nur durch ein Sprüchwort sein sollte, u. z. beide im Gedächtnis und möglicherweise beide in der Schrift, wenn auch nur das eine vorzugsweise im Gedächtnis, das andere vorzugsweise in der Schrift. Sie unterscheiden sich nur dadurch, dass das eine durch den Moment geschaffen wird (durch einen Akt), das andere durch die Dauer, weshalb das einemal geschaffen worden ist, während das andere fortwährend in der Bildung begriffen sein kann; es schmiegt sich rascher und leichter den Bedürfnissen an, darin besteht sein Vortheil, dessen man sich bis auf den heutigen Tag, gerade in der feinen Empfindung der Handelswelt, nicht entschlagen konnte. Deshalb hat auch Bachofen (Mutterrecht) Unrecht, *νόμος* als „geschriebenes Gesetz“ und *ἔθος* als ungeschriebenen Gebrauch zu bezeichnen: in der Schrift liegt der Unterschied von *νόμος* und *ἔθος* nicht, sondern in der Klagbarkeit.

omnia habet, quia potentiam ad omnia habet, ergo tantum juris est omni creaturae, quantum potentiae.“ Man kann freilich fragen, wo Alle und wo deren Mitwirkung sei, wenn der König Gesetze giebt, die im Staate Geltung erlangen. Hier liegt die Mitwirkung nicht direkt beim Gesetze, sondern bei denjenigen Factoren, die das Gesetz aufstellen. So wirken auch heute nicht Alle beim Zustandekommen eines Gesetzes mit, aber sie wirken mit, um diejenigen zu bestimmen, die das Gesetz zustande bringen. Dass es sich auch hier nur um die Mitwirkung derer handeln kann, deren geistige Höhe hiefür überhaupt relevant ist, folgt aus dem obigen von selbst.

Es kann ja geschehen, dass der durch blosse Macht erreichte Erfolg bei der Gesellschaft die Zustimmung findet, dass auch sie bei seinen Consequenzen mitwirken und so den bisherigen Zustand in einen Rechtszustand verwandeln; aber deshalb darf man nicht sagen, dass die blosse Macht das Recht gesetzt hat; ihr Erfolg hat höchstens dazu beigetragen, die Thatsache in Ueberzeugung umzuwandeln. Aber erst von dem Moment an, wo die Gesellschaft damit einverstanden ist, als ob sie es selbst statuiert hätte, wird der faktische Zustand zum Recht.

Aus diesem Moment der Mitwirkung Aller nimmt das Recht seinen Verpflichtungsgrund. Man wird durch das Recht verpflichtet, weil man es selbst gemacht hat. Auch hier wird man fragen, wieso sich dieser Verpflichtungsgrund auf die Nachkommen erstreckte, die beim Zustandekommen des Rechts nicht mitgewirkt haben? Man muss hier zunächst beachten, dass nicht die ganze Gesellschaft auf einmal aufhört, sondern einer nach dem andern austritt, beziehungsweise eintritt. Diesem Einen steht die Gesellschaft und ihr Wille mit grösserer Berechtigung gegenüber, er geniesst überdies bis zum Zeitpunkt seiner Relevanz in Rechtssachen alle Vorteile dieser Gesellschaft. Ist er nun einverstanden mit deren Rechtssetzungen, so entfällt von selbst eine Einwendung gegen den Verpflichtungsgrund, ist das nicht der Fall, dann kann er allein sich der Verpflichtung nicht entziehen, wenn er die Vorteile geniesst, zumal er von andern sich gegenüber diese Vorteile verlangt und erlangt; sind aber allmählich mehrere da, die seinerzeit bei der Rechtssetzung nicht mitwirkten, so können sie ja nun selbst ein Recht statuieren, wenn sie durch ihre Thätigkeit die Bedingungen erfüllen, welche die alte Gesellschaft an ihre rechtssetzende Kraft stellt. Wer glaubt durch die Rechtssprechung der Vorfahren nicht verpflichtet zu sein, der versuche es einmal sich aller aus ihr entstandenen Berechtigung zu entschlagen, und er wird fühlen, wofür er verpflichtet ist.

Darauf hätten die Römer bei den obligationes quasi ex contractu den Verpflichtungsgrund zurückführen können.

Die oben angeführten Gründe aber auch auf das Prinzip

der allgemeinen Anerkennung auszudehnen, geht deshalb nicht an, weil diese wol für das vorhandene, nicht aber für das erst zu setzende Recht Giltigkeit hätte.

c. Zwangsbefugniss.

Die beim Zwangsmoment gefällten widersprechenden Entscheidungen scheinen zunächst auf einer nicht genügenden Bestimmung dessen zu beruhen, was überhaupt unter Zwang verstanden werden kann. Die Sache selbst scheint den Juristen ebenso viel Schwierigkeiten zu machen wie den Philosophen. Schon Kant sagt: „Der Widerstand, der dem Hindernisse einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen. Nun ist alles, was Unrecht ist, ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen: der Zwang aber ist ein Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht. Folglich: wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d. i. recht: mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch thut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft.“ [1]) Kant also spricht sich für eine dem Rechte innewohnende Zwangsbefugnis aus, worin wir ihm Recht geben müssen, wenn auch aus andern Gründen. Für Kant ist diejenige Handlung recht, „die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkühr eines Jeden mit Jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“ Diese Hervorhebung der Freiheit, die später auch als „einziges angeborenes Recht“ bezeichnet wird, muss uns Wunder nehmen bei einem Mann, der, wie Kant, behauptet hat, es gebe keine angeborenen Ideen, alle Erkenntnis wird erst erworben durch psychische Function. Die theoretische Philosophie Kants hätte auch für angeborene Rechte keinen Raum gelassen, aber die praktische liess ihn mit ihren 3 Postulaten. Von diesen konnte das „Dasein Gottes“ in der Rechtsphilosophie begreiflicherweise nicht verwertet werden, auf die Verwertung der Unsterblichkeit der Seele im Erbrecht verzichtete Kant im Gegensatz zu manchen andern Philosophen. Wenn es aber ein Postulat der praktischen Vernunft ist, die Freiheit anzunehmen, so ist deren Annahme mit den Denkgesetzen gegeben. Da nun jedes Recht nichts anderes ist, als eine logische, also den Denkgesetzen gemässe Formulierung, so folgt daraus, dass diese Formulierung der als praktisches

[1]) Kant: Rechtslehre, Einleitung § D.

Denkgesetz bestehenden Freiheit gemäss erfolgen muss. So schleicht sich bei Kant das angeborene Recht der Freiheit ein.

Ich möchte jedoch bezüglich der Anwendung dieses Wortes bemerken, dass es nicht angeht, die unläugbare Beschränkung des Einzelnen durch die Gesellschaft unter dem Namen Freiheit zu begreifen. Es hängt dies zusammen mit unserer schon für die Moral aufgestellten Behauptung, dass sich weder das Sitten- noch das Rechtsgesetz, wie der Begriff des Gesetzes überhaupt, mit dem der Freiheit vereinigen lasse. In der Rechtslehre hat das die Consequenzen, dass man sonst nie wüsste, welche Einschränkung noch Freiheit ist und welche nicht, dass somit aus der blossen Einschränkung, ohne weitere Bestimmung, nie die Zwangsberechtigung abgeleitet werden könnte. So wurde denn auch Kant in den Widerspruch verwickelt, die Zwangsbefugnis einerseits zum Begriff des Rechtes zu rechnen, anderseits ein Recht ohne Zwangsbefugnis zuzugestehen, und dieses letztere als „Billigkeit" vom „Nothrecht" zu unterscheiden. Von diesen sei das erste ein Recht ohne Zwang, das zweite ein Zwang ohne Recht „und man wird leicht gewahr, diese Doppelsinnigkeit beruhe eigentlich darauf, dass es Fälle eines bezweifelten Rechts giebt, zu deren Entscheidung kein Richter aufgestellt werden kann." Allerdings wird man dessen gewahr, damit aber auch des Widerspruchs, der in Kants Anschauung liegt, denn was nicht entschieden werden kann, ist kein Recht, und das Recht muss immer entschieden werden können. Aber noch eines verwechselt hier Kant, was auch später immer verwechselt wurde und deshalb zu so vielen Controversen Anlass gab: die aus dem Begriff des Rechtes ideell hervorgehende Zwangsbefugnis, mit der vom Gesetze festgesetzten Zwangsbestimmung. Es wäre gar nicht nötig gewesen, dass Kant der „Billigkeit" die Zwangsbefugnis genommen hätte, da er erstere selbst definiert als das „Recht im weiteren Sinne (jus latum), wo die Befugnis zu zwingen durch kein Gesetz bestimmt werden kann."[1]) Deshalb weil der Zwang nicht durch das Gesetz bestimmt wird, könnte er doch aus dem Begriffe des Rechtes hervorgehen. Nicht aber darum handelt es sich in der Rechtslehre, ob die einzelnen positiven Gesetze Zwangsbestimmungen haben, sondern ob die Festsetzung solcher Bestimmungen sich durch die Vernunft rechtfertigen lässt, ob sie aus dem Begriff und Wesen des Rechtes hervorgeht.

Noch greller ist der Widerspruch, der in der Annahme eines Notrechtes ohne Recht liegt. Was ist denn dann Verbrechen, wenn es wider das Recht noch ein Recht geben kann? Es mag ein Sphäre geben, die vom Strafgesetz nicht tangiert wird, und das behauptet Kant selbst: „Es kann nämlich kein

[1]) A. a. O. Einleitung, Anhang.

Strafgesetz geben, welches demjenigen den Tod zuerkennte, der im Schiffbruche, mit einem Andern in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstiesse, um sich selbst zu retten." Obgleich uns dieses Beispiel speciell nicht passend erscheint, so folgt doch daraus, dass ein Geschehen ausserhalb der vom Recht tangierten Sphäre weder Recht noch Unrecht, sondern einfach rechtlich irrelevant ist.

In einen andern Widerspruch kommt Fichte beim Zwangsbegriff. Wieder lässt sich hier Fichte als die äusserste Consequenz Kants betrachten. Fichte sieht sehr wol ein, dass mit der Freiheit Einzelner sich ein Zwang nicht gut vereinbaren lasse. Es kann und soll nicht „eine solche Veranstaltung getroffen werden, nach welcher die Handlungen, die nicht geschehen sollen, durch mechanische Naturgewalt zurückgehalten würden; dies ist teils unmöglich, weil der Mensch frei ist und eben darum jeder Naturgewalt widerstehen und sie überwinden kann; teils ist es widerrechtlich, weil dadurch der Mensch auf dem Gebiete des Rechtsbegriffs zu einer blossen Maschine gemacht und die Freiheit seines Willens für nichts gerechnet würde."[1]) Fichte zieht hier die äusserste und allerdings auch richtigste Consequenz des Freiheitsbegriffs. Man sieht, wohin sie führen muss, zu der Annahme, dass der Mensch jeder Naturgewalt widerstehen kann, was doch sofort und auf den ersten Blick unrichtig ist. Wo bleibt aber dann die Wirkung des Rechtsgesetzes? Fichte denkt sie sich dermassen, dass „die zutreffende Veranstaltung sonach an den Willen selbst sich richten" müsste; „diesen vermögen und nötigen, sich durch sich selbst zu bestimmen, nichts zu wollen, als was mit der gesetzmässigen Freiheit bestehen kann", das sei die Aufgabe des Rechts. Wenn das noch Selbstbestimmung ist, wozu man genötigt wird, dann ist überhaupt alles Selbstbestimmung. Damit ist aber der Widerstreit zwischen Gesetz und Freiheit nicht gelöst, dass man das erstere einfach in Selbstbestimmung umdekretiert. Allerdings geht das Ich verloren, wie Fichte sagt, wenn das freie Wesen anders bestimmt wird, aber es ist eben nicht zu retten, am allerwenigsten durch solche Bestimmungen. Dennoch hat das Zwangsgesetz nach Fichte seine Berechtigung. Auf dem Gebiete des Naturrechts sei die Möglichkeit eines Rechtsverhältnisses zwischen Personen durch Treue und Glauben bedingt. Beide gehen später verloren und müssen dann nach einem Gesetz hervorgebracht werden, „so dass man sicher auf sie rechnen könnte". Obgleich wir eine zwangsweise Hervorbringung von Treue und Glauben für unmöglich halten und Fichte dies früher selbst behauptet hat, wird nun doch in einem solchen Zwang Wesen und Auf-

[1]) Fichte: Grundlagen d. Naturrechts § 14.

gabe der Rechtsgesetze erblickt. Es ist zu beachten, dass somit nach Fichte das Gesetz erst mit dem Zwang anfängt.

Ganz auf seine eigentümliche Weise findet sich Hegel mit dem Zwangsbegriff ab. Da bei ihm der individuelle Wille mit dem allgemeinen Willen identisch ist, so ist auch der Wille des Verbrechers der allgemeine Wille, somit als Negation des allgemeinen Willens „an und für sich nichtig". Die „dargestellte Nichtigkeit dieser Handlung" ist die Rache, welche, „zugleich eine neue Verletzung, ins Unendliche fortgeht". Dieser Prozess hebt sich in einem dritten Urteile auf und dieses ist die Strafe.[1]) Mit Recht bemerkt Trendelenburg dagegen: „Diese Theorie ist eigentlich nur eine Dialektik gegen den Verbrecher aus seinem eigenen Willen, eine Ueberführung aus seiner eigenen Selbstsucht; aber das Allgemeine, allen gleiche Recht und die Norm seines Masses muss anderswo wurzeln, als in einer aus dem partikulären Willen des Verbrechers gezogenen Consequenz".[2]) In der That lässt sich aus Hegels Deduktion, auf eine Befugnis zu zwingen, gar nicht schliessen, es ist nur eine umständlichere, wol auch unverständlichere Darstellung des Thatsächlichen.

Herbart hingegen verneint kurzweg die Frage, ob dem Rechte ursprünglich Zwangsbefugnis innewohne. Er meint, dass der Zwingende in dem Zwang nur das Mittel sehe, um zu seinem Rechte zu gelangen und vergesse dabei, „dass die Rechte des Andern, welche sein Zwang durchbricht, für sich selbst als Rechte bestehen, ohne Frage nach der Absicht, um derenwillen man sich erlaube, sie zu verletzen".[3]) Hier ist vor allem zu bemerken, dass das, was Jedermann als sein Recht betrachtet, nicht etwas bloss Individuelles vorstellt, sondern dass es das Recht ist, welches ihm die Gesellschaft verlieh. Wer im Zwange das Mittel zur Verwirklichung seines Rechtes sucht, handelt nicht nur in seinem, sondern in der ganzen Gesellschaft Interesse. Zu diesem Schluss kommt Herbart später selbst. Durchaus ungerechtfertigt ist es aber zu sagen, dass der Zwang des Einen immer schon ein Recht des Andern durchbreche. Wäre das der Fall, so könnte ja der Durchbruch desselben nicht ein Recht sein. Wo eine aus dem Rechte hervorgehende Zwangsbefugnis vorhanden ist, da ist schon damit inbegriffen, dass es auf der andern Seite kein Recht giebt. Herbart kommt in seinen Fehler dadurch, dass er den Zustand, in welchem das Recht erst entsteht, zugleich als solchen betrachtet, in welchem es schon entstanden ist. Es klingt fast socialistisch, wenn er meint, dass jede Entstehung des Rechts auf der andern Seite auch schon ein vorhandenes Recht verletze, während es doch nur einen

[1]) Hegel: Encyclopädie § 500.
[2]) Trendelenburg: Naturrecht § 57.
[3]) Herbart: Prakt. Philosophie 4. Cap.

faktischen Zustand ändert. Würde es ein solches vorhandenes Recht verletzen, so könnte auf Grund dieser Verletzung gar kein Recht entstehen. Nichtsdestoweniger erklärt Herbart den Zwang schliesslich als statthaft, aber nur im Charakter der Strafe. Diese gehe aus der Vergeltung hervor, welche der Idee der Billigkeit entspringe. Also nicht dem Rechte, sondern der Billigkeit wohnt die Zwangsbefugnis inne, wobei freilich die Frage offen gelassen wird, ob nicht alles Recht ebensogut die Idee der Billigkeit verwirklichen sollte.

Ganz anders wird das Moment des Zwanges in der neueren Rechtsphilosophie behandelt. So definiert Ihering das Recht als „das System der durch Zwang gesicherten socialen Zwecke".[1]) Diese Definition wurde vielfach als zu eng bezeichnet[2]) und sie ist es auch, wenn man bei Zwang immer an die Möglichkeit einer physischen Erzwingung (Nötigung) denkt. Ist aber nicht vielleicht Zwang im Sinne einer Gebundenheit zu nehmen, deren sich ein dem Rechte Unterworfener wenigstens intellektuell nicht entschlagen kann? Allerdings gehört es nicht zum Begriff des Rechtes, dass ich es immer erst erzwingen muss, um überhaupt von Recht reden zu können. Nicht einmal das gehört zu seinem Begriff, dass ich es immer erzwingen kann. Mit Recht bemerkt Dahn[3]): „So wenig ist Erzwingbarkeit das Wesen des Rechts, dass ein Recht Recht bleibt, auch wenn es unerzwingbar; die Forderung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner hört nicht auf, Recht zu sein, weil es die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Abschaffung der Leibhaft als Vollstreckungsmittel völlig und für immer unerzwingbar machen." Ebenso richtig ist das hiefür gewöhnlich angeführte Beispiel des Völkerrechtes. Aber alle Rechtssetzung hat denn doch den Sinn, die Zwangsbefugnis zu statuieren. Daher ist die weitere Einwendung Dahn's nicht richtig: „Das Recht kann erzwingbar sein, weil es äussere Beziehungen der Menschen unter einander regelt, in welchen nicht die Gesinnung, sondern die Handlung (oder Unterlassung) das Entscheidende; die Moral ist unerzwingbar, weil sie die inneren Beziehungen der Menschen regelt, in welchen das Entscheidende die unerzwingbare Gesinnung bildet." Moral kann doch psychologisch erzwingbar sein, aber nicht durch äusseren, physischen Zwang, sondern durch Erziehung und Bildung. Die Natur selbst zwingt das Menschengeschlecht mit der Zeit zur Moral.[4])

Das führt uns zu einer Unterscheidung im Begriff des Zwanges. Man unterscheidet einen physischen und einen in-

[1]) Ihering: Der Zweck im Recht. I. S. 240.
[2]) So von Jellinek a. a. O. S. 51 u Dahn: Vernunft im Recht S. 34.
[3]) A. a. O. S. 35.
[4]) Siehe Einleitung: „Das Sollen ist das geistige Müssen". Den psychologischen Zwang haben Moral und Recht gemein, die Befugnis zum physischen erhält erst das Recht.

tellektuellen Zwang. Mit der zum Rechte gehörigen äusseren Festsetzung einer Handlung haben wir uns stets letzterem unterworfen, mit der rechtlichen Statuierung einer Handlung hört die Unterwerfung unseres Handelns unter andere Gründe als die rechtlich festgesetzten auf. Deshalb geht aus der Rechtssetzung die Befugnis hervor, durch physischen Zwang durchzusetzen, was ohne denselben nicht erfolgt. Ob die Handlung auch erzwingbar ist, hängt von der Macht der Gesellschaft ab, welche sie bezüglich der Rechtsdurchsetzung hat. Diese Zwangsbefugnis eigens zu erwähnen in einer Definition, die von Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft spricht, ist aber überflüssig und kann nur zu Missverständnissen Anlass geben, was sie auch thatsächlich gegeben hat. Denn schon in dem Worte Sicherung ist nicht nur die Befugnis, sondern gerade die Aufgabe der Gesellschaft enthalten, das Recht durchzusetzen, also wo es nötig ist, so weit als möglich Zwang eintreten zu lassen, denn nur darin kann die Sicherung gewisser Handlungen für alle Fälle bestehen. Die Befugnis und Verpflichtung zu dieser Sicherung leiten wir ab aus dem Gange der Natur, welche die menschliche Gesellschaft in dem Momente vernichten würde, wo sie eine derartige Sicherung unterlässt oder auch nur gering schätzt. Schon wo wir von Verwirklichung der Moral sprechen, ist die Befugnis zur Durchsetzung eines ihr entsprechenden Effekts gegeben.

Ein weiterer Irrthum kann entstehen durch die Doppelbedeutung des Wortes Erzwingbarkeit. Erzwingbar ist sowol das, aus dessen Wesen die Befugnis zu zwingen entspringt, als auch das, was faktisch durch Zwang erreicht wird.[1]) So konnte der Römer sagen, die naturalis obligatio sei nicht erzwingbar, weil ihr kein Klagerecht entspringe, demzufolge er hätte versuchen können, sie auf dem Rechtswege durchzusetzen. Ebenso aber kann ich in einem bestimmten Falle sagen, die Leistung des Commodatars ist nicht erzwingbar, weil der Effekt einer Klage an der absoluten Vermögenslosigkeit des Commodatars scheitert. Erzwingbarkeit im ersten Sinne, also Zwangsbefugnis, Zwangserlaubtheit, gehört nun allerdings zum Wesen des Rechts, im letzteren Sinne[2]) durchaus nicht; ja noch mehr als die Befugnis, selbst die Verpflichtung dazu.

Und das ist stets der Fehler der Theorie und Praxis, dass sie vor dem Zwange zurückschreckt, weil sie ihn als hart und unduldsam betrachtet, eine Auffassung, die vermieden wird, wenn man bedenkt, dass nicht im Interesse eines Einzelnen, sondern

[1]) Das ist stets die Bedeutung der Nachsilbe „bar", welche die Möglichkeit dessen, woran sie angehängt wird, auf Subjekt und Objekt überträgt.

[2]) Von Spindler (jurist. Vierteljahrsschrift 1886 III. S. 105) sehr richtig als „Zwangsanwendung" bezeichnet.

jedes Einzelnen, also der Gesellschaft, das Recht gesetzt und durchgesetzt wird.

Die Geltendmachung des Zwangs ist also allerdings erst eine Folge der Ausserachtlassung des Rechts,[1]) die Zwangsbefugnis aber trotzdem ein Moment des Rechtsbegriffes.[2])

Die Durchsetzung des Rechts als moralische Pflicht.

Die Durchsetzung des Rechts ist eine ihm selbst, kraft seiner Beziehung zur Moral innewohnende Befugnis. Dagegen kann nicht geltend gemacht werden Herbarts bekannter Satz: „Der Streit missfällt" Kein geringerer als Ihering war es, der diesen Ausspruch missverstanden hat. Ihering bezeichnet[3]) Herbarts Ansicht „als tief genug unter der Höhe des gesunden Rechtsgefühls" stehend, weil sie angeblich mit dem Satze „der Streit missfällt" das Nachgeben in Rechtsstreitigkeiten und die Vermeidung der Rechtsdurchsetzung um des lieben Friedens willen predige. Die Meinungsverschiedenheit dürfte wol hauptsächlich daher kommen, dass Ihering, der Jurist, den Beginn des Streites anderswo sieht als Herbart, der Philosoph. Ihering nennt Streit die Geltendmachung des verletzten Rechtes durch Betretung des Rechtsweges, Streit ist für ihn Rechtsstreit. Das ist aber nicht der Streit, von dem Herbart sagt, er missfällt. Wer den Rechtsweg betritt, wo das Recht verletzt ist, der streitet nach Herbart überhaupt nicht, missfällt also auch nicht. Streit ist bei ihm „das absichtslose Zusammentreffen zweier wirklicher Wollen, die beide auf denselben Gegenstand gerichtet sind". Wenn aber Jemand mein Recht verletzt, etwa durch

[1]) Und darin haben sowol Hegel (Philos. d. R. § 94), als Trendelenburg (Naturrecht 2. Aufl. S. 89) u. Jellinek (a. a. O. S. 50) Recht.

[2]) Diesen Unterschied hat auch Windscheid (Pand. § 37a Anm. 4) übersehen, wenn er sagt: „Ich sehe den Gegensatz zwischen dem Rechtsgesetz und dem Sittengesetz darin, dass die Gebote des Sittengesetzes Gebote schlechthin sind, die Gebote des Rechtsgesetzes Gebote um eines Andern willen und also in dem vorhin dargelegten Sinn seine Gebote." Gebote schlechthin giebt es nicht, auch das Sittengesetz ist um eines Andern willen da, es entsteht geradezu dadurch. „Ein Recht, welchem keine Zwangsmittel zur Seite stehen, ist ein unvollkommenes Recht, aber desswegen nicht weniger ein Recht." Ich behaupte: auch das Recht ohne Zwangsmittel ist vollkommenes Recht, aber ohne Zwangsbefugnis giebt es kein Recht.

[3]) Kampf um's Recht.

Diebstahl, so ist der Umstand, dass ich meinen Willen nun trotzdem auf die entzogene Sache geltend mache, kein Streit im Sinne eines absichtslosen Zusammentreffens. Der Dieb hat ihn erhoben, weil er seine Willenssphäre in die meine schob, ich aber betrete den Rechtsweg, d. h. ich überlasse einem Dritten, dem Richter, nicht etwa den Streit, sondern nur: die fragliche Sache demjenigen zuzuschreiben, „welchem es ein Anderer schon zugeschrieben hatte". Dieser Andere ist derjenige Teil eines gleichen vorrechtlichen Verhältnisses, dessen Beginn damals die „Einstimmung der beiden Willen", auf welche Weise immer hervorbrachte, welche Einstimmung die Gesellschaft nun „als Regel gedacht" hat, „die dem Streite vorbeuge", und diese Regel ist eben das Recht. Das Recht, welches in diesem Falle darin besteht, die gestohlene Sache zurückzufordern, ist eben nach Herbart dadurch entstanden, dass derjenige, der einmal eine Sache sich zuschreiben wollte, die eben auch ein Anderer angeeignet haben wollte oder schon angeeignet hatte, sie dem Andern überliess (vielleicht aus Zwang), dieses Ueberlassen aber von nun an in solchen Fällen als Regel gedacht wurde, deren Ueberwachung und Durchführung die Rechtsgesellschaft übernahm. Und von nun an gelten also die Worte Herbarts: „Sollte jetzt der Streit sich erneuern, so könnte er nur von dem Ersteren" [in unserem Falle dem Dieb] „durch zurückgenommenes Ueberlassen gehoben werden: damit erhöbe er das Missfallen am Streit: Er wäre es demnach, der die praktische Weisung dieses Missfallens, die nun ihm allein gilt, übertreten hätte. Soll nicht also geurteilt werden, so muss sein Ueberlassen, einmal geschehen, ihm als Regel gelten, also eine Grenze, die er nicht überschreiten darf, die ihn ausschliesst von dem, was er dem Andern zugeschrieben hat: mit einem Wort, es ist eine Rechtsgrenze zwischen Beiden vorhanden." Dasselbe Missfallen gilt für alle Späteren, die nach gezogener Rechtsgrenze in dasselbe Verhältnis verfallen „dergestalt, dass wer die einmal getroffene Uebereinkunft hinterher bräche, nicht bloss demjenigen Unrecht thun würde, welchen er verletzte, sondern auch allen denen, welche vollständig Teil genommen haben an der Rechtsgesellschaft". Damit ist der keineswegs zu unterschätzende Gedanke ausgesprochen, dass das dem Einzelnen zugefügte Unrecht ein solches gegen die ganze Gesellschaft sei, was dieser Theorie einen moralischen Hintergrund verleiht, aus dem man auf der andern Seite schliessen könnte: die Reaction gegen das Unrecht ist nicht nur eine individuelle, sondern allgemein gesellschaftliche Angelegenheit. Das ist aber nicht bloss ein Schluss, den ein Anderer ziehen kann, Herbart selbst spricht diese Idee im folgenden („Lohnsystem", „Idee der Billigkeit") noch unverholen aus: ein zur That gewordenes Wollen, das ein fremdes wirkliches Wollen absichtlich stört, mag es eine Wohl- oder Wehethat sein. missfällt und muss vergolten werden, und auf alle, die ganze Gesellschaft, fällt die Sorge. „die Stimme des Missfallens zum Schweigen zu bringen". Also die Vergeltung ist zunächst allgemeine Pflicht, „und nur insofern als der Empfänger am ersten und gewissesten vernahm, ist ihm die Erwiederung der Wolthaten angemuthet", aber auch der Wehethaten, die nur in weiter vorgeschrittenen, cultivierten Staaten und Zeiten von eigenen Organen übernommen wird. Daraus deduciert Herbart die Grundlage des Strafrechtes und die Idee der Strafe, es wird also auch die minus petitio erlaubt sein, dass die Vergeltung als Pflicht einzutreten habe, wo blosse Zurückdrängung in die gebührende Willens- und Handlungssphäre als Vergeltung erfolgt. Es ist somit gerade Herbarts Theorie eine beredte Unterstützung der von Ihering so hervorgehobenen Idee der Verfolgung des Rechts als Pflichtgebot. Mit Recht wendet sich wol Ihering dagegen, dass Gefallen und Missfallen Entstehungsgründe des Rechtes sein könnten, aber trotzdem ist Herbarts ästhetischer Standpunkt doch ein anderer als derjenige, den man gewöhnlich unter ästhetisch zu begreifen gewohnt ist. Ihering behauptet: „Wäre der ästhetische Standpunkt bei der Würdigung des Rechtes ein berechtigter, ich wüsste nicht, ob ich das ästhetisch Schöne beim Recht anstatt darein, dass es den Kampf ausschliesst, nicht vielmehr gerade darein setzen sollte, dass es den Kampf in sich schliesst." Wäre das richtig, so müsste die Rechtlosigkeit ästhetisch noch schöner sein, weil sie jedenfalls noch mehr Kämpfe in sich schliesst, immer zugegeben, dass die Schönheit kein Rechtsgrund ist. Herbart hat das ästhetische Moment im engeren Sinne beim Kampf keineswegs übersehen: „Der einzelne Streiter kann sogar gefallen durch seine Stärke. durch Tapferkeit, als Held. In den poëtischen Beschreibungen der Kriege wechselt unaufhörlich die Erhebung der Grösse, die sich offenbart im Kampfe, mit der Verwünschung des Verhältnisses selbst, in welches die Gepriesenen sich setzen. Im gemeinen Gespräch der Menschen findet sich Beides wunderlich genug verschmolzen." [1]) Diese Bemerkung Herbarts scheint Ihering zu übersehen, wenn er sagt: „Das höchste und wirksamste Problem für die Kunst und Litteratur bleibt stets das Eintreten des Menschen für die Idee, heisse die Idee Recht, Vaterland, Glaube, Wahrheit. Dieses Eintreten aber ist stets ein Kampf." Dieses Eintreten ist durchaus nicht stets ein Kampf, sondern dieser entsteht erst dann, wenn sich dem Eintreten etwas entgegensetzt. Das Höchste und Wirksamste besteht also nicht im Kampfe, sondern im Eintreten, und es ist doch gewiss nicht hoch oder schön, wenn diesem Eintreten für die höchsten Ideen Hindernisse in den Weg

[1]) Herbart: Prakt. Phil., 4. Kap.

gelegt werden. Ihering übersieht hier eines: der Kampf erscheint uns schön, gewiss, aber nur unter dem Sonnenschein der hohen Idee, für die er geführt wird. Und wenn man das genau betrachtet, so ist es nicht der Kampf für sich genommen, der uns schön erscheint, sondern nur die Idee, welche dabei durchgesetzt wird. Wäre es wirklich der Kampf selbst, so müsste auch derjenige schön, hoch und wirksam genannt werden, der für welchen Zweck immer geführt wird, etwa der des Raubmörders mit seinem Opfer. Der Zweck eines Streites kann schön sein, der Streit für sich betrachtet nicht, denn hier müssen immer beide Teile in's Auge gefasst werden. Derjenige, der das Recht hinter sich hat, gefällt, der zweite missfällt sammt dem Verhältnis, in das er den ersten bringt. Aber der erste darf es deshalb nicht meiden dadurch, dass er nachgebe, denn das Missfallen an der zweiten Seite bliebe dasselbe, und wir hätten nicht einmal das Gefallen an dem einen Streiter. Daraus ergiebt sich aber auch, dass Herbart und Ihering Unrecht haben. Herbart: weil er Gefallen und Missfallen der Entstehung des Rechtes vorangehen lässt, während aus dem bisherigen ersichtlich ist, dass man früher wissen muss, ob und wo bei einem Streit das Recht liegt, um beurteilen zu können, ob man ein Gefallen oder Missfallen aussprechen soll. Ihering: weil er sich zu dem entgegengesetzten Satze versteigt: „Ich habe den Mut, im offenen Gegensatz zu dem Herbart'schen Postulate des Missfallens am Streite mich umgekehrt des Gefallens am Streite für schuldig zu bekennen.“ [1]) Das ist genau derselbe Fehler wie bei Herbart, nur auf der entgegengesetzten Seite; ein Urteil über den Streit, bevor man weiss, wofür er geführt wird. Man beachte nur, dass Streit bei Ihering Rechtsstreit ist. Dürfte ein öffentlicher Ankläger je gestehen, er habe Freude an dem Prozess, den er durchsetzt? obgleich er sehr wol Freude haben kann an dem Recht, das er damit durchsetzt. Müsste es ihm aber nicht lieber sein, wenn es ohne Prozess durchgesetzt werden könnte? Freilich auch die traurige Pflicht, Prozess führen zu müssen, ist deshalb nicht minder Pflicht. Um Gefallen und Missfallen handelt es sich eben nicht im Recht, und wer das Missfallen am Streite bei Herbart tadelt, darf dann nicht hinterher selbst mit dem Gefallen kommen.

Allen voran hat Glaser [2]) das Zeichen zum Angriff gegen Herbart gegeben, dem auch Ihering erst gefolgt zu sein scheint. Darin hat ja Glaser Recht (S. 204), dass er behauptet: „nicht vom Missfallen am Streit zum Recht, sondern vom Recht zum Missfallen am Streit führt also die unbefangene Betrachtung“, aber eben weil die Rechtsfrage der ästhetischen vorangehen

[1]) Der Satz ist mit Recht in den späteren Auflagen weggeblieben.
[2]) J. Glaser: Ges. Schrift. I. B. S. 204.

muss, darf man nicht mit Ihering das Gegentheil, das Gefallen am Streit behaupten. Mit Unrecht aber hebt auch Glaser die poëtische Seite des Streites gegen Herbart hervor, die dieser ja selbst anerkannt hat. Auf Glasers Frage: „zwingt uns das Missfallen am Streite das gleiche Urteil über beide Streiter zu fällen?“, die offenbar ein Gegenargument sein sollte, antwortet ja Herbart selbst (und warum hat sich Glaser diese Antwort nicht vom Autor geholt): „Der einzelne Streiter kann sogar gefallen u. s. w.“ Im übrigen hat auch Glaser diese Herbart'sche Theorie völlig missverstanden, wie alle, die darüber urteilten. „Wenn ich den Streit um jeden Preis vermeiden muss, so habe ich nichts anderes zu thun, als mich so schnell als möglich zurückzuziehen, sobald ich entdecke, dass ich mit dem .... Willen eines Andern in Widerspruch gerathe. Dasselbe darf ich aber auch von ihm voraussetzen; ..... daraus folgt denn, dass jeder seinen Willen wieder auf die Sache richten kann und so in infinitum.“ Nun ist aber auch nach Herbart das Recht die einmal festgesetzte Grenze zur Vermeidung des Streites, bei der man dann sehr wol weiss, wer zurückzutreten hat, und die dadurch entstanden ist, dass wirklich gewollt und gestritten wurde, nach Beilegung des Streites aber, wegen des Missfallens daran und zur Vermeidung des künftigen Streites, die beiderseitigen Grenzen festgestellt wurden. Darin liegt ein Ueberlassen (ein anderer Ausdruck für die Vertragstheorie oder die „allgemeine Anerkennung“). Denn dadurch, dass ich z. B. das Eigentumsrecht eines Andern anerkenne, verzichte ich ja auf die Verfügung über die Sache, die ich von Natur aus — und darauf sieht ja die damalige Theorie immer — über alles wie jeder andere haben sollte. Darin liegt die Verteidigung gegen Glaser und Ihering, aber auch die Aufdeckung des Herbart'schen Fehlers. Denn erst dadurch entsteht das Missfallen am Streit, dass ich schon das Rechtsgefühl habe: das gegenseitige Wollen über denselben Gegenstand sollte geregelt sein. Ein grober Fehler aber gegen Herbart ist es, wenn Glaser behauptet: „Der Umstand, dass schon früher ein Widerstand der Wollen durch Rücktritt des Einen beendigt wurde, ändert also nichts in dem nachfolgenden Verhältnis.“ Nie ist es Herbart eingefallen, ein stetiges Zurückweichen vor jedem Anspruch wegen des Missfallens am Streit zu predigen. Er sagt ja ausdrücklich, dass nach dem durch die Gesellschaft einmal geschehenen Ueberlassen (das mit der Ziehung der Rechtsgrenze identisch ist) nur mehr auf Einen der Tadel fällt, den Streit erhoben zu haben. Diese Verweisung an die Gesellschaft hat Glaser völlig unterschätzt, bei mehreren Ansprüchen auf einen Gegenstand kennt er sich gar nicht mehr aus, auch er scheint im Streit einen Rechtsstreit zu sehen und meint sogar, dass nach Herbart der Richter gar keine leitende Richtschnur habe. Man braucht Herbart oder die oben

citierten Stellen nur zu lesen, um zu sehen, welcher Irrtum bei Glaser obwaltet.

Herbart ist mit seinem Ausspruch stets missverstanden worden, trotzdem schon er den hohen Gedanken der Durchsetzung des Rechts als socialer Pflicht aussprach. So in neuerer Zeit auch von Wundt[1]). der überdies den socialen Charakter der Herbart'schen Rechtsauffassung zu übersehen scheint. Ja, Jellinek ruft angesichts des Herbart'schen Postulats sogar aus: „Wie wäre in Consequenz dieser Auffassung ein Rechtsstreit überhaupt denkbar!“ [2]) Sehr einfach dadurch, dass ein ausserrechtlicher Streit missfällt, und nur diesen hat Herbart im Auge, wenn er von Missfallen am Streite spricht.

---

[1]) Ethik S. 489.
[2]) Jellinek: Socialeth. Bedeutung S. 47.